

El crimen de tortura

En el Estado autoritario y en el Estado
de derecho

Daniel Eduardo Rafecas

Incluye además:

Apremios ilegales y vejaciones

Detenciones ilegales

Desaparición forzada de personas



ediciones**Didot**

ÍNDICE

Agradecimientos	15
Índice de abreviaturas	17
Capítulo I. Introducción	21
Capítulo II. Aspectos históricos, sociológicos y criminológicos	25
I. Introducción	25
II. Reseña histórica de la tortura	28
II. 1. En el derecho romano. Su influencia en las instituciones medievales	28
II. 2. La abolición de la tortura judicial	40
II. 3. América Latina	43
II. 4. Argentina	47
III. La <i>violencia institucional</i> en el marco del Estado autoritario	51
III. 1. El poder autoritario	51
III. 2. La Lógica del <i>enemigo</i>	55
III. 3. El <i>centro clandestino de detención y tortura</i>	57
III. 4. La perspectiva de género	65
III. 5. Conclusiones	68
IV. La <i>violencia institucional</i> en el contexto del Estado de derecho	69
V. Conclusión	81
Capítulo III. Principios generales	85
I. Fundamentación del castigo penal	85
II. Bienes jurídicos	86
II. 1. La libertad	86
II. 1. 1. Detenciones ilegales	86

II. 1. 2. Torturas y malos tratos	88
II. 2. La administración pública	90
III. Estructuras típicas. Delitos que hacen al <i>si</i> y al <i>cómo</i> de la detención	91
IV. Delitos de resultado. Delitos permanentes. Comisión por omisión	93
V. Ámbito espacial	95
VI. Delitos dolosos	96
Capítulo IV. Imposición de torturas	99
I. Introducción	99
II. Desvaloración jurídica de la tortura	100
II. 1. En el derecho internacional	100
II. 1. 1. Las primeras referencias en los Tratados	100
II. 1. 2. La Convención de la ONU contra la tortura	102
II. 1. 3. La Convención de la OEA contra la tortura	103
II. 1. 4. El Protocolo Facultativo y la implementación del Comité Nacional	104
II. 2. Su tipificación en la Argentina	106
III. Análisis de la figura básica	113
III. 1. Ubicación sistemática y núcleo típico	113
III. 2. Bienes jurídicos afectados	113
III. 3. Tortura sin restricciones motivacionales	115
III. 4. Autoría especial. Coautoría. La referencia a <i>particulares</i>	116
III. 5. Sujeto pasivo	124
III. 6. Ámbito espacial. Carácter permanente	126
III. 7. Resultado lesivo	127
III. 7. 1. Graves sufrimientos físicos y psíquicos	127
III. 7. 2. Métodos de tortura	130
III. 8. La tortura <i>oblicua</i>	135
III. 9. La tortura <i>ubicua</i>	139
III. 9. 1. Tabicamiento	140
III. 9. 2. La supresión de la identidad	141
III. 9. 3. Engrillamiento y las torturas de posición	142
III. 9. 4. Las condiciones de cautividad en <i>tubos</i> o <i>leoneras</i>	143
III. 9. 5. La supresión de toda forma de comunicación humana	144

III. 9. 6. La exposición en desnudez y demás padecimientos de connotación sexual	146
III. 9. 7. Condiciones deficientes de alimento, higiene y sanidad	147
III. 9. 8. Amenazas y agresiones físicas	148
III. 9. 9. Ejercicios y demás rigores físicos	151
III. 9. 10. Corolario	153
III. 10. Abusos sexuales graves: tipificación autónoma	158
III. 11. Demarcación con apremios ilegales y vejaciones	165
III. 11. 1. Acerca del criterio de la <i>gravedad</i>	165
III. 11. 2. ¿Lesiones graves como criterio de deslinde?	167
III. 11. 3. Relativización de la “ausencia de secuelas” para fijar el límite	168
III. 11. 4. El análisis conglobado de sufrimientos físicos y psíquicos	169
III. 11. 5. Aproximación interpretativa al término “grave” en el delito de torturas	170
III. 11. 6. Trascendencia de la cuestión	172
III. 11. 7. Su evolución en la jurisprudencia	173
III. 12. Comisión por omisión	185
III. 12. 1. A partir de la singular modalidad de tortura empleada	185
III. 12. 2. En reparto funcional de tareas: coautoría	187
III. 12. 3. Frente a un delito ajeno de torturas	188
III. 13. Aspecto subjetivo	194
III. 14. La <i>obediencia</i> o la <i>necesidad</i> : ¿eximentes de responsabilidad?	196
III. 15. Autoría mediata por el empleo de un aparato de poder organizado	206
III. 16. La definición jurídica de <i>genocidio</i> y su aplicación	216
III. 16. 1. La cuestión planteada	216
III. 16. 2. El marco fáctico	216
III. 16. 3. Abordaje jurídico de la cuestión	220
a) Genealogía de la normativa aplicable	220
b) Doctrina	225
c) Jurisprudencia	228
d) Legislación interna	230

III. 16. 4. Conclusiones	232
III. 17. Relaciones concursales	236
III. 17. 1. Detenciones ilegales	236
III. 17. 2. Lesiones graves calificadas	237
III. 17. 3. Delitos contra la integridad sexual	238
IV. Agravantes de la tortura	238
IV. 1. Tortura seguida de muerte	238
IV. 1. 1. La versión anterior	238
IV. 1. 2. La versión actual	246
IV. 2. Tortura causante de lesiones gravísimas	250
IV. 3. La referencia a “perseguidos políticos” versión ley 14.616	251
V. Otras formas omisivas punibles del delito de torturas	253
V. 1. Comisión por omisión del funcionario competente ajeno al delito	253
V. 1. 1. Constituye una omisión impropia tipificada expresamente	254
V. 2. Omisión de denuncia del funcionario no competente	258
V. 2. 1. Constituye una omisión propia	258
V. 2. 2. Referencia al <i>médico</i> omitente	260
V. 3. Omisión de denuncia calificada por la condición de juez	262
V. 4. Penas de inhabilitación especial	263
VI. Omisión imprudente de vigilancia	264
Capítulo V. Tratos crueles, inhumanos o degradantes a detenidos	269
I. Imposición de <i>vejaciones</i> o <i>apremios ilegales</i> a detenidos	269
I. 1. Consideraciones generales	270
I. 1. 1. Sujeto pasivo	272
I. 1. 2. Ámbito espacial	276
I. 1. 3. Fronteras del comportamiento típico	276
I. 1. 4. Carácter unitario de la figura	279
I. 1. 5. Concurso con otros delitos	280
I. 1. 6. Aspecto subjetivo	282
I. 2. Vejaciones a detenidos	282
I. 3. Apremios ilegales a detenidos	287

II. Imposición de severidades, vejaciones y apremios ilegales a presos	294
II. 1. Consideraciones generales. Vejaciones y apremios ilegales a presos	294
II. 2. Imposición de <i>severidades</i> a presos	305
III. Agravantes específicas	311
IV. Incomunicación indebida de detenido	312
V. Colocación indebida de condenados	316
Capítulo VI. Detenciones ilegales	319
I. Privación ilegal funcional de la libertad	321
I. 1. Consideraciones generales	321
I. 1. 1. El <i>funcionario público</i> como sujeto activo	322
a) Particulares	324
b) Personal de seguridad privada	324
c) El ejercicio de la función	325
I. 1. 2. Sujeto pasivo	327
I. 1. 3. Núcleo del tipo y medios comisivos	329
I. 1. 4. Imposibilidad de consentimiento	331
I. 1. 5. Elementos normativos de recorte	331
I. 1. 6. Comisión por omisión	342
I. 1. 7. Delito de resultado y de carácter permanente	344
I. 1. 8. Aspecto subjetivo	345
I. 1. 9. Justificación	346
I. 1. 10. Participación en coautoría	347
I. 1. 11. Participación en complicidad	349
I. 1. 12. Autoría mediata por aparato de poder: remisión	351
I. 1. 13. Tentativa	351
I. 2. Comisión del delito por abuso funcional	352
I. 2. 1. El abuso de la función	352
I. 2. 2. Abuso funcional <i>propio e impropio</i>	356
I. 2. 3. Detención para “establecer identidad” o por “averiguación de antecedentes”	357
I. 2. 4. Detención en el marco de una requisita personal	362

I. 2. 5. Detención en <i>flagrancia</i> y otros supuestos sin orden judicial	364
I. 2. 6. Detención en el marco de falsos procedimientos policiales	367
I. 2. 7. Comparación en las escalas punitivas	370
I. 2. 8. Casos de la jurisprudencia	370
I. 3. Comisión del delito por insuficiencia de las formas legales requeridas	371
I. 4. Agravantes	373
II. Otras formas de detención ilegal	373
II. 1. Retención indebida de detenido o preso	374
II. 1. 1. Introducción	374
II. 1. 2. Primer supuesto: deber de <i>decretar</i> la libertad	375
II. 1. 3. Segundo supuesto: deber de <i>ejecutar</i> la libertad	378
II. 1. 4. Consideraciones generales de ambos supuestos	379
II. 2. Prolongación indebida de la detención	382
II. 3. Recepción indebida de condenados	385
II. 4. Recepción indebida de preso	389
II. 5. Comisión por omisión en delito ajeno de detención ilegal	392
II. 6. Agravantes	398
III. Desaparición forzada de personas	399
III. 1. Genealogía del tipo penal	399
III. 2. Análisis de la figura	402
Capítulo VII. Conclusiones	407
Bibliografía	411

CAPÍTULO I

INTRODUCCIÓN

A más de treinta años de la recuperación de la democracia, y pese a lo que se ha avanzado en la consolidación y expansión de derechos y garantías ciudadanas, así como también en el terreno de revisión honesta de nuestro pasado reciente de terrorismo de Estado, el fenómeno de la tortura y los malos tratos en cárceles y comisarías argentinas sigue siendo una terrible y lamentable realidad.

A pesar de las permanentes denuncias de la comunidad internacional, de los esfuerzos que se han llevado a cabo en los últimos años, en especial por parte de organizaciones de derechos humanos y de algunas agencias estatales, y más allá de las buenas intenciones puestas de manifiesto por las más altas autoridades de todos los poderes del Estado –tanto a nivel nacional, como en las provincias, incluyendo a las cúpulas policiales y penitenciarias–, sigue siendo cierta la perspectiva que posee un detenido de sufrir intramuros un grave atentado contra su dignidad, en muchas instituciones de encierro a lo largo y ancho de nuestro país.

Año tras año, en el marco del sistema penal, son decenas de miles las personas –casi siempre provenientes de los estratos sociales menos favorecidos– destinatarias de estos delitos, que así se ven severamente afectadas en su libertad o en su dignidad, debido a los abusos policiales y penitenciarios en el ejercicio del poder punitivo estatal. Y en no pocas ocasiones, el camino que comienza con una detención ilegal o con un acto de tortura, termina en una desaparición forzada o en la muerte de la víctima.

Y aquí entonces deviene inevitable una reflexión desde la perspectiva de los bienes jurídicos en juego. En un Estado social y constitucional de derecho, ¿acaso *la libertad, la dignidad y la vida* no son los valores fundamentales? ¿No son estos los bienes jurídicos que están en la cúspide de nuestra pirámide axiológica?

Pero como suele suceder al contemplar lo que se consagra en el plano del *deber ser* y lo que sucede realmente en el plano del *ser*, la distancia que separa un plano del otro sigue siendo, hasta el día de hoy, abrumadora: lejos de ser la prioridad, estos crímenes cometidos desde el Estado –cotidianos, sistemáticos–

a duras penas y en muy baja proporción llegan a las costas del sistema penal formalizado, pues la víctima debe sortear una enorme cantidad de barreras para presentar su denuncia, comenzando por reconocerse, precisamente, como *víctima*. Es que los castigos ilegales están tan naturalizados, que quienes sufren estas violencias –sobre sus cuerpos, sobre sus almas– llegan al punto de *asumirlas resignadamente como un aspecto más de su situación de encierro*.

Este es acaso el efecto más perverso de las continuidades que se advierten entre dictadura y democracia en materia de violencia institucionalizada: no solo los perpetradores, sino también las propias víctimas, muchas veces, asumen las prácticas ilícitas como una parte inherente e inseparable de las rutinas policiales o carcelarias.

Eso no es todo, porque de aquel bajo porcentaje de denuncias que logran ser judicializadas, una cantidad aún insignificante alcanza una sentencia de condena. El resto queda en el camino, debido a una enorme serie de factores, entre los que se destacan la lógica burocrática y corporativa de las agencias judiciales, los efectos devastadores que generan la selectividad penal y la vulnerabilidad en el perfil de gestión de nuestros tribunales y fiscalías, y los desafíos y dificultades que, *a priori*, conlleva tomar la decisión de avanzar, en el plano judicial, respecto de este tipo de denuncias.

Y aquí no termina el panorama desalentador, ya que si nos detenemos en el modesto universo de condenas registradas por estos crímenes, la regla sigue siendo la de acudir a encuadres privilegiados para eludir la imposición de penas más severas.

No obstante, podemos abrigar algunas expectativas de cambio, de la mano del creciente activismo de algunas agencias relacionadas con la defensa de los derechos de los reclusos –que han ido obteniendo puntuales e impactantes logros en torno de esta cuestión–, así como también a partir de la ya consolidada política de Estado dirigida a la revisión profunda de nuestro pasado reciente de violencia estatal, liderada por un vigoroso y extendido ciclo de enjuiciamiento penal –del cual se da cuenta en esta obra– que, en todo el país, ha investigado y llevado a juicio miles de casos de torturas y otros crímenes cometidos durante la década del 70 del pasado siglo.

En el contexto del sistema penal, la pervivencia de la tortura y demás prácticas ilegales a detenidos es, sin lugar a dudas, la deuda pendiente más urgente en el proceso de consolidación de nuestra democracia, merecedora también de una política de Estado que articule los cambios necesarios. Porque afecta a decenas de miles de personas en situación de encierro. Porque constituyen atentados a los más preciados bienes jurídicos de un Estado de derecho. Porque degrada también a los perpetradores y a sus instituciones estatales. Y porque destruye las pocas esperanzas que Occidente le sigue deparando a las ideologías de la

resocialización, al consagrar unas condiciones que conducen fatalmente a la reincidencia, con impacto también en las demandas públicas de seguridad.

En definitiva, cabe preguntarse: ¿por qué, como sociedad, nos ha resultado hasta la fecha tan difícil acometer contra este problema e intentar resolverlo? ¿Por qué, en cárceles y comisarías, subsisten prácticas propias de un Estado autoritario e intolerables en un Estado de derecho? ¿Por qué estos recintos, en muchos lugares del país, han sido prácticamente inmunes al proceso de expansión de derechos fundamentales, propio de la consolidación democrática?

Si bien las respuestas a estos interrogantes son sumamente complejas y escapan a los confines de esta obra, sí podemos esbozar dos puntos de partida consistentes para avanzar en este camino.

En primer lugar, debemos tomar conciencia de que se trata de una cuestión cultural. La tortura, como veremos en el siguiente capítulo, gozó de quinientos años de vigencia y de aceptación cultural en Iberoamérica, de la mano del modelo procesal inquisitivo. Su abolición formal y material, a mediados de siglo XIX, la colocó en una situación neutra durante un siglo, y recién a mediados del siglo XX, la tortura pasó a estar prohibida penalmente en nuestro país, aunque como sabemos, las sucesivas dictaduras, lejos de perseguirla, la fomentaron ampliamente.

En segundo término, hay otro aspecto de la lógica autoritaria que, evidentemente, sigue ofreciendo hasta nuestros días franca resistencia en el seno de nuestra sociedad, y es el hecho de que, para buena parte de la opinión pública, de los medios masivos de comunicación, y también de las agencias políticas y judiciales, quien va preso debería dejar en la puerta de la comisaría o del penal su traje de ciudadano, para ingresar al recinto de encierro como una *no-persona*, desprovista de sus atributos y derechos fundamentales. Como si el presunto autor de un delito, o el condenado, según el caso, no tuviera que ver privada solo su libertad de desplazamiento, sino también su dignidad, su salud, su integridad física y eventualmente, su vida –algo que se ve muy claramente a partir del desinterés y la impunidad frente a muertes masivas de presos por incendios o motines¹–.

Los nefastos discursos del *enemigo* –de los que con frecuencia los presos son blanco en ámbitos mediáticos, políticos y jurídicos– resultan ser sumamente funcionales para intentar legitimar, en tiempos de paz y democracia, un concepto

¹ En noviembre de 2007, murieron 35 internos de la cárcel provincial de varones de la ciudad de Santiago del Estero, a raíz de un motín que culminó con el encendido de colchones y otros materiales dentro del pabellón en protesta por la violenta represión de la que estaban siendo objeto. El suceso tuvo una repercusión prácticamente nula. Menor aún fue la de la reciente condena, dictada el 26/10/2015 por parte del Tribunal de Juicio en lo Penal de esa ciudad, de los tres penitenciarios responsables por los delitos de homicidio y lesiones imprudentes.

propio de la guerra y del autoritarismo que justifica la destrucción moral y física del *otro*.

Estas cuestiones resultan centrales para explicar la persistencia, en el siglo XXI, de la tortura y los malos tratos en situaciones de encierro estatal. La larga mano del modelo cultural inquisitivo sigue vigente, y entre otros efectos negativos, desviste al detenido de todo ropaje de personalidad jurídica, especialmente de la exigencia de estándares mínimos de dignidad humana. Así, queda habilitada no solo la propensión a los golpes y a las humillaciones, sino también la subalimentación, el hacinamiento y la superpoblación.

En otras palabras, creo que el sencillo pero crucial interrogante *¿sigue siendo el detenido un ciudadano?* continúa teniendo en nuestro país una respuesta mayoritariamente negativa, y este es un punto de partida fundamental e indispensable para desandar el camino consolidado que la violencia institucional intramuros ha evidenciado hasta nuestros días, pues en ese impiadoso *NO* se encuentra la plataforma criminógena que explica no solo la naturalización de las prácticas criminales estatales, sino también su masividad, su invisibilización y su amplia impunidad.

De modo que, estimado lector, le pido que, en este momento, se formule esta decisiva pregunta: ¿cree usted que el preso sigue siendo un ciudadano? Si su íntima respuesta es que sí, o bien, al menos, está dispuesto a considerarlo, entonces continúe con la lectura de esta obra. De otro modo, este libro no es para usted.